
Comentario a la Sentencia *Coram* Erlebach de 13 de junio de 2013: sobre el tratamiento del error en cualidad de la persona

RECIBIDO: 20 DE OCTUBRE DE 2015 / ACEPTADO: 13 DE NOVIEMBRE DE 2015

Juan Ignacio BAÑARES

Profesor Ordinario de Derecho Matrimonial Canónico
Facultad de Derecho Canónico. Universidad de Navarra
jjibanares@unav.es

Rafael RODRÍGUEZ-OCAÑA

Profesor Ordinario de Derecho Procesal Canónico
Facultad de Derecho Canónico. Universidad de Navarra
rrodoca@unav.es

SUMARIO: 1ª Parte. Aspectos procesales. 2ª Parte. Aspectos sustantivos. 1. El peculiar itinerario de las sentencias: los tiempos transcurridos y la fijación de los *dubia*. 2. La omisión del dolo. 3. El error acerca de la persona. El concepto de error genérico, en la fijación del ‘dubium’. 4. La calificación jurídica del supuesto de hecho del que trata la sentencia. 4.1. *Los hechos*. 4.2. *La pars decipiens*. 4.3. *La pars decepta*. 4.4. *La cualidad sobre la que recae el error provocado*.

1ª PARTE. ASPECTOS PROCESALES*

La sentencia se presta a algunas consideraciones en el ámbito de un comentario doctrinal. Desde el punto de vista procesal son las siguientes:

a) La importancia de una precisa formulación del objeto del juicio y, en el caso de apelación, el derecho del tribunal de apelación de interpretar el objeto del juicio y reformular, eventualmente, el *dubium*.

* El autor de esta primera parte del comentario es el Prof. Rafael Rodríguez-Ocaña.

En cuanto al caso que nos ocupa, la primera parte del objeto del juicio, fijado por el tribunal de primera instancia en los siguientes términos: el «*errore dell'uomo sulla donna a norma del can. 1097*», podía entender tanto *error in persona* (can. 1097 § 1) como *error circa qualitatem directe et principaliter intentam* (can. 1097 § 2). Por lo tanto la interpretación hecha en la segunda instancia, en Milán, parece ser del todo correcta.

Cabe preguntarse por qué la sentencia rotal se expresa en términos dubitativos sobre la validez de la interpretación esgrimida por el tribunal local de apelación (n. 6). Es difícil dar una respuesta, sin tener acceso a las actas del proceso.

No puede excluirse, por tanto, que con una formulación tan genérica del *dubium* hecha en primera instancia en relación al error se podría entender, explicitado después de algún modo en la sentencia de primera instancia, como una referencia a la antigua problemática sobre el error suscitada por la famosa sentencia *coram* Canals. Conviene tener presente, en efecto, que uno de los fautores de la solución propiciada por la *coram* Canals fue Mons. Giuseppe Ricciardi, por entonces vicario judicial del tribunal donde se inició la causa, el cual en calidad de juez de dicho tribunal escribió el siguiente artículo: *Errore sulla persona ed errore sulla qualità della persona intesa direttamente e principalmente nel matrimonio canonico*, in *La nuova legislazione matrimoniale canonica. Il consenso: elementi essenziali, difetti, vizi*, Studi giuridici – X, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano 1986, 63-87.

Por lo demás, aparece una cierta incoherencia entre la fórmula de la duda decretada por el tribunal de primera instancia, la parte dispositiva de la sentencia de primera instancia y la fórmula de la duda fijada en la Rota.

La sentencia de primera instancia fue *pro nullitate* «*ex capite erroris viri circa qualitatem mulieris conventae*» (sent. rotal, n. 2), y puesta en relación con la formulación de la duda fijada en primera instancia, sugeriría que la norma de derecho sustancial a aplicar fuera el can. 1097 § 2. En cambio, la sentencia rotal que comparte la formulación del «*error viri circa qualitatem mulieris conventae*», declara nulo el matrimonio sustancialmente en referencia al can. 126, aunque la misma sentencia rotal afirma que no hay ningún cambio sustancial en el objeto del juicio entre la primera y la tercera instancias (sentencia rotal, n. 6). Incluso aquí, sin embargo, sin tener la sentencia de la primera instancia, nadie sabe a ciencia cierta cómo fue entendido el objeto del juicio en esa instancia.

Es importante que el *dubium* sea fijado de un modo unívoco ya en la primera instancia y que la parte dispositiva no vaya más allá del objeto del juicio establecido y debatido en la fase de discusión. Si, de hecho, se diera una ampliación o modificación del objeto del juicio, la sola falta de un nuevo decreto de concordancia del *dubium* no implicaría la nulidad de la sentencia; aunque sería ilegítimo el pronunciamiento sobre un objeto formalmente no decretado por el juez.

Parece que estamos en presencia de un caso de incongruencia entre el objeto del juicio fijado por el juez y la sentencia posterior dictada por éste.

La congruencia puede calificarse como principio procesal que debe recorrer todo el entramado procesal, desde los hechos alegados, su prueba hasta la sentencia, que define la controversia, dando a cada duda la respuesta conveniente (can. 1611 § 1ª).

La congruencia está muy presente en la fijación del objeto del proceso, porque éste lo determina el juez pero siempre de acuerdo con las peticiones formuladas por la partes (can. 1513 § 1), a las que debe citar previamente en los casos más complejos para que en su presencia concuerden las dudas (can. 1513 § 2).

La congruencia actúa de tal manera «que peticiones de partes, formulación de dudas, prueba y definiciones de la sentencia constituyen un solo sustrato común a todo el *iter* procesal y que hace al proceso centrarse como en su causa interna sobre las que las partes y el juez han, respectivamente, de enfrentarse y debatir, y de otro lado decidir en la sentencia definitiva»¹.

Una sentencia, según este principio, no puede excederse de lo expresado en fórmula de duda por el juez, ni podrá decidir menos de lo pretendido, olvidándose el juez de lo restante, ni resolver al margen de las dudas fijadas por el decreto del juez. No ajustarse al objeto del juicio hace incurrir a la sentencia en incongruencia².

La incongruencia –enseña de Diego-Lora– significa la vulneración del principio de congruencia, tan celosamente custodiado por el ordenamiento canónico para su sistema procesal. «Por la incongruencia se distorsiona el enfoque permanente del objeto del proceso. Ello significa ir contra el poder de disposición de las partes en el proceso, al formular sus peticiones en contra-

¹ C. DE DIEGO-LORA – R. RODRÍGUEZ-OCAÑA, *Lecciones de Derecho procesal canónico*, Eunsa, Pamplona 2003, 345.

² Cfr. *ibid.*

dicción patente con el principio mismo de iniciativa de que no hay proceso sin juez, por introducir en el proceso, a instancia de una parte, elementos espurios a los que ya pretendieron ambas partes al acudir a los tribunales de justicia en la Iglesia. Sin embargo, el can. 1620, n. 8º, excluye de la nulidad absoluta la sentencia incongruente cuando su incongruencia es sólo parcial y no total. De este modo, la norma canónica se modera a sí misma, poniendo una vez más una nota de humanidad y también de comprensión, alejada del *rigor legis*, en un tema tan exigente para la doctrina procesal canónica, preocupada por garantizar la coherencia entre sentencia y *petitum*. Con tal postura se evita al proceso canónico incurrir en nulidades absolutas por un vicio que, si afecta al pronunciamiento de la sentencia, no la daña sin embargo de modo absoluto»³.

b) Una segunda cuestión procesal que suscita el caso es el hecho de la admisión de un fuera de plazo: en este supuesto han transcurrido cuatro años entre la sentencia y la apelación a la Rota. La sentencia rotal no refiere cuáles fueron los presupuestos de hecho por los cuales fue admitida una apelación fuera de plazo perentorio establecido por el can. 1630 CIC.

¿Qué hacer cuando los plazos fatales de apelación han transcurrido?

El efecto procesal de una sentencia no recurrida es la firmeza de la decisión del tribunal que la dictó. Si estamos en el caso de un proceso de nulidad de matrimonio que decidió *pro nullitate* en una causa, antes de la reforma que entra en vigor el 8 de diciembre de 2015, la firmeza de esa única sentencia no deviene ejecutiva, si no ha sido confirmada previamente mediante decreto o sentencia por el tribunal superior⁴.

También es firme la sentencia *pro vinculo* que no ha sido apelada en segunda instancia. Esa firmeza impide una nueva apelación ordinaria, cabe sin embargo la revisión de la sentencia por el tribunal superior, sin que sean necesario aducir nuevas y graves pruebas o razones por ser su firmeza sobrevenida, es decir no causada por una segunda decisión conforme. Así lo establecía la Signatura Apostólica en la *Declaratio de foro competenti in causa nullitatis matrimonii, post sententiam negativam in prima instantia latam*, de 3 de junio de 1989 (AAAS 81 [1989] 988-990)⁵.

³ *Ibid.*, 346.

⁴ Cfr. C. MORÁN – C. PEÑA, *Nulidad de matrimonio y proceso canónico*, Dykinson, Madrid 2007, 546.

⁵ Cfr. también en *Ius Ecclesiae* 2 (1990) 343-345.

2ª PARTE. ASPECTOS SUSTANTIVOS*

Ya se han comentado los aspectos procesales más relevantes de esta Sentencia. Aquí corresponde hacer una referencia a la dimensión más sustancial del derecho matrimonial: en concreto, a la conexión y expresión de diversos capítulos o formas de expresión de la nulidad que están relacionados con el error acerca de la cualidad de la comparte. Cabalmente será inevitable referirse a la fijación del *dubium* en cada instancia y al tratamiento del concepto de error en cualidad y de su fundamento y expresiones.

1. EL PECULIAR ITINERARIO DE LAS SENTENCIAS: LOS TIEMPOS
TRANSCURRIDOS Y LA FIJACIÓN DE LOS *DUBIA*

La primera cuestión se refiere al itinerario de las distintas sentencias en el señalamiento de los capítulos de nulidad y la opinión del ponente.

Como se ha podido observar en el texto de la Sentencia, los hechos son bastante escasos y lineales, pero claros. En 1969 contraen matrimonio dos novios de 27 y 22 años. A partir de los tres primeros meses de vida conyugal, el esposo empieza a dudar, y luego a sospechar, de la capacidad procreativa de su esposa. Pone todos los medios para que acuda al médico y cuando se confirma que no podrá tener descendencia en muy poco tiempo acuden a la separación de hecho y a la separación legal (a los tres años del matrimonio).

Obtenido el divorcio civil, el esposo contrae una nueva unión meramente civil, pero no plantea la nulidad de su matrimonio hasta 1993. En el tribunal de primera instancia la demanda de nulidad se solicita «según la norma del canon 1098 del Código de Derecho Canónico, esto es, por error doloso por parte de la mujer, o al menos por error sobre la persona». Sin embargo el presidente del tribunal fija el *dubium* con la siguiente fórmula: «Si consta la nulidad de este matrimonio por error del esposo sobre la mujer a tenor del canon 1097 y/o por dolo urdido por la mujer a tenor del canon 1098». Sin embargo, se falla *pro nullitate* por el capítulo de error acerca de una cualidad de la comparte, «*praetermisso capite doli*».

En el tribunal de segunda instancia el *dubium* se estableció acerca del «error del actor sobre la persona de la demandada y/o error del actor sobre una cualidad de la demandada directa y principalmente pretendida», resolviendo *pro vinculo* ambos capítulos, en 1996.

* El autor de esta parte del comentario es el Prof. Juan Ignacio Bañares.

Sólo a finales de 2010 el actor presentó formalmente la apelación ante el Tribunal de la Rota Romana, que fijó el *dubium* con la fórmula: «si consta la nulidad del matrimonio, *in casu*, por error del esposo actor acerca de una cualidad de la mujer demandada».

2. LA OMISIÓN DEL DOLO

Conviene resaltar que llama la atención la omisión del tribunal de primera instancia en el tratamiento del dolo. Ciertamente son compatibles ambos capítulos de nulidad: el error en cualidad directa y principalmente pretendida, y el dolo. Uno se refiere principalmente a la voluntad de uno de los contrayentes respecto a las cualidades de la otra parte. Otro se refiere al engaño consciente de la comparte o de un tercero acerca de una cualidad dotada de unas determinadas características que la vinculan de modo objetivo con la vida conyugal (en conexión con su esencia, propiedades o fines). Por tanto, en principio no existe inconveniente alguno en que, en un caso concreto, puedan darse a la vez las dos circunstancias en un mismo supuesto fáctico: una prefijación de una de las partes en cierta cualidad de la comparte, y a la vez –e incluso independientemente– un engaño de ésta (o de otro) acerca de una de las cualidades indicadas.

Es verdad que en ambos casos existe el error acerca de la cualidad. Es más, en ambos casos la causa de nulidad actúa a través del error, y sin éste no puede producirse la nulidad, porque no existiría lesión de bien jurídico alguno.

Sin conocer las actas de la primera sentencia es difícil expresar algún juicio concreto acerca de ella, como subraya Erlebach. Pero en todo caso sí cabe señalar que en la nulidad por el error acerca de una cualidad de la otra parte se protege la verdad de la voluntad puesta por el contrayente, que de algún modo ha vinculado el objeto de su consentimiento matrimonial a una cualidad predeterminada. No se trata, por tanto, de un error simple acerca de una cualidad del otro, por grave que ésta sea, sino de un verdadero nexo antecedente entre su acto de voluntad de conyugarse y la referida cualidad. En consecuencia, el bien jurídico que aquí se protege es la libertad del contrayente para realizar esa vinculación o nexo entre la conyugalidad y una cualidad específica: un aspecto subjetivo de la libertad de elección.

En cambio, en el caso del dolo el error es de carácter «vehicular» –como veremos más adelante– porque es el camino necesario por el que la acción del

decipiens llega a influir en la voluntad del contrayente. Lo que ahí se protege es la libertad de la parte respecto de la manipulación de otro, en el proceso de formación de su voluntad matrimonial. El fondo de la nulidad proviene de la actuación ajena que tiene su efecto en la voluntad propia a través del error producido con intención expresa de obtener el consentimiento.

Por eso sorprende la omisión del tribunal de primera instancia: se trata de dos capítulos de nulidad que pueden darse juntos, pero con una formalidad diversa, con una motivación diferente, porque protegen bienes distintos entre sí. Identificarlos por el hecho de que en ambos casos los supuestos se apoyen –al menos parcialmente– en un error acerca de una cualidad, llama la atención, salvo que esté detrás la opinión negativa –o al menos la duda– acerca de la retroactividad del carácter irritante del dolo de cara a los matrimonios celebrados antes del Código de 1983⁶.

3. EL ERROR ACERCA DE LA PERSONA.

EL CONCEPTO DE ERROR GENÉRICO, EN LA FIJACIÓN DEL ‘DUBIUM’

Asombra también la fijación del *dubium* por el tribunal de segunda instancia. En efecto, sin hacer referencia alguna a la omisión acerca del posible dolo, se centra en el error por parte del actor, incluyendo expresamente el posible error sobre la persona. Llama la atención este hecho. ¿Por qué el tribunal de segunda instancia comienza el *dubium* señalando el capítulo del error acerca de la persona? ¿Qué base habría para considerar el posible error acerca de la persona existiendo ya expresamente el error en cualidad directa y principalmente pretendida, cuando todo el *in facto* trata acerca de una sola cualidad: la de la capacidad de procrear?

Volvemos a encontrarnos aquí, probablemente, con la intención expresa de omitir toda referencia al dolo por la duda u opinión negativa acerca de su carácter retroactivo. De hecho el tribunal concluye, entre otras cosas, «la presente fattispecie [...] potrebbe essere correttamente inquadrata solo nella tematica del dolo, semprechè naturalmente si ritenessi di poter aderire all’opi-

⁶ Tal vez considerando el tribunal que la jurisprudencia rotal mayoritaria rechaza la retroactividad del dolo, se podría entender que no hayan querido entrar en el dolo si consideran probado el error: lo ha hecho la misma Rota Romana, p.e. en una sentencia c. Pompedda que en su día comentó H. FRANCESCHI, *La connessione tra l'errore nella qualità "directe et principaliter intenta" ed il dolo invalidante del consenso matrimoniale (commento a una sentenza c. Pompedda)*, *Ius Ecclesiae* 6 (1994) 573-608, y el propio Erlebach, como veremos más adelante.

nione che almeno qualche caso ammette che il can. 1098 possa applicarsi anche ai matrimoni contratti prima dell'entrata in vigore del nuovo codice»⁷. Sin embargo, sin entrar en la cuestión, carga a la vez la fuerza de su argumentación para negar el error en cualidad directa y principalmente pretendida en el hecho de que la reacción del esposo fue debida exclusivamente a la decepción por el engaño sufrido. En mi opinión, lo que parece difícil de probar es esa afirmación del tribunal, frente a numerosos hechos aportados en las propias actas del proceso.

La fijación del capítulo de nulidad acerca del error en la tercera instancia llama la atención por la generalidad con que lo expone el turno rotal: «por error del esposo actor sobre una cualidad de la mujer demandada». El ponente, por su parte, lo justifica en el *in iure* señalando que la cuestión sustancial es el error (independientemente de su conceptualización o de la designación de los capítulos de nulidad)⁸.

Al analizar los casos en los que el error en cualidad de la comparte puede ser relevante de algún modo, Erlebach distingue cinco supuestos. El primero tiene lugar cuando la cualidad sobre la que recae el error resulta individuante de la persona misma, y se reconduce al can. 1097 § 1. El segundo se trataría del error acerca de la cualidad directa y principalmente pretendida (can. 1097 § 2), porque faltando ésta «falta el objeto principal del consentimiento matrimonial. No importa que un objeto de este tipo se haga principal sólo por la voluntad del sujeto»⁹. El tercero se refiere a un error en cualidad que recae en una condición *sine qua non* (cfr. can. 126); también aquí, «como en todo acto jurídico», la nulidad se produce por la naturaleza misma del consentimiento, única causa eficiente «quam ob rem si contrahens aliquam qualitatem subiectionis sumit uti circumstantiam conditionis *implicitae* a qua pendere facit consensum, et haec qualitas revera deest, consensus eo ipso non consequitur effectum iuridicum sibi proprium»¹⁰. El cuarto tipo de error tiene lugar cuando el contrayente quiere hacer pender su consentimiento explícitamente de la cualidad deseada, y sería un supuesto claro del consentimiento condicionado contemplado en el can. 1102. Y el quinto tipo de error (can. 1098) sería el que versa sobre algunas cualidades de la comparte que,

⁷ Cfr. *In facto*, n. 17.

⁸ Cfr. *In iure*, n. 3; *In facto*, n. 12.

⁹ Cfr. *In iure*, n. 3 c).

¹⁰ *Ibid.*, n. 3 d).

aun no siendo por si mismas causas de nulidad, lo son por la voluntad del legislador¹¹.

En opinión del ponente el error en cualidad directa y principalmente pretendida (can. 1097 § 2) y el que recae en una condición implícita (can. 126), son de orden sustancial y por tanto convergerían en un único capítulo de nulidad –por «error en cualidad»– debiendo dejarse la determinación acerca de si se trata de uno u otro caso para el momento de la discusión y resolución¹². Ya hace unos años que Erlebach defiende este tratamiento conjunto y sistemático de todos los casos en que el error puede tener relevancia de algún modo en el defecto o vicio del consentimiento matrimonial. Para el ponente puede darse en el contrayente una intencionalidad rotunda que, sin embargo (por ejemplo, por tratarse de una cualidad negativa, como la ausencia de SIDA en el otro contrayente) no llegue a constituir una condición explícita: «allora una tale fattispecie potrebbe cadere sotto la norma stabilita dal can. 126 (“error qui recidit in condicionem *sine qua non*”)¹³». De ahí que el Ponente venga proponiendo el empleo de un término genérico (error en la cualidad del otro contrayente) en la fijación del *dubium*, de modo que pueda abarcar cualquiera de los casos.

La cuestión que aquí se plantea es dónde colocar conceptualmente el error que implica o se traduce a través de la condición implícita. Ya hace casi medio siglo (desde la Sentencia c. Canals de 1970), e incluso antes, una parte de la doctrina canónica ha considerado que el error en cualidad directa y principalmente pretendida en realidad se fundamenta en una condición implícita¹⁴. Junto con otros autores, me inclino por la opinión contraria: la autono-

¹¹ Sorprende un poco esta expresión referida a la cualidad sobre la que recae el dolo: «por la voluntad del legislador»: porque en realidad hoy día no se discute que el fundamento de la nulidad por el dolo se apoye en el derecho natural, aunque obviamente la formalización concreta dependa del legislador. Quizá el Ponente se esté refiriendo a esto.

¹² *Ibid.*, n. 4.

¹³ G. ERLEBACH, *Il «capo di nullità» secondo la giurisprudenza della Rota Romana*, Quaderni dello Studio Rotale 19 (2009) 139. Actualmente ya no se trata de una opinión personal, sino tal vez de una corriente jurisprudencial de la Rota Romana, en la que pueden contarse más de 15 sentencias desde 1993 hasta 2012: de ellas, cinco de Turnaturi y 3 del propio Erlebach.

¹⁴ Es un tema, en efecto, muy antiguo y muy discutido: cfr. entre muchos, G. CARNERO, *Nulidad por error acerca de la persona o de sus cualidades*, en *Las Causas Matrimoniales*, Instituto San Raimundo de Peñafort, Salamanca 1953, 205-232; R. COLANTONIO, *Error qualitatis redundans in errorem personae e voluntas conditionata*, Monitor Ecclesiasticus 108 (1983) 196-209; G. RICCIARDI, *Errore sulla persona ed errore sulla qualità della persona intesa direttamente e principalmente nel matrimonio canonico*, Il Diritto Ecclesiastico I (1985) 168-196; IDEM, en *La Nuova Legislazione Matrimoniale Canonica*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano 1986, 63-87; P. A. BONNET, *Condizione impropria ed errore sulla ‘qualitas directe et principaliter intenta’ quali cause di nullità matrimoniale*, Il Diritto

mía del error en cualidad directa y principalmente pretendida como capítulo de nulidad con título y fundamentación propia. En este sentido, coincido con Erlebach: no nos parece que el fundamento del error en cualidad directa y principalmente pretendida esté en una voluntad condicionada implícitamente, sino en el acto de voluntad que convierte a esa cualidad en parte necesaria del objeto del consentimiento, es decir, del otro contrayente en su conyugalidad¹⁵. Lo que me produce cierta perplejidad es que el ponente no remita el supuesto de condición aun implícita a la condición recogida en el can. 1102, que parece adecuar al consentimiento matrimonial la cuestión de la condición en un acto jurídico en general (can. 126). No veo inconveniente en incluir en el concepto de condición puesta al consentimiento (del can. 1102) la característica de «implícita», siempre que quede demostrada la vinculación de la voluntad con el hecho apuesto en forma de condición. Por eso me resulta excesivamente formal el recurso de reenviar la condición implícita al canon general sobre la eficacia de los actos jurídicos ¿Cuál sería entonces el ejemplo de un caso de condición del can. 1102, pero que fuera implícita y acerca de un error en cualidad de la comparte?

4. LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DEL SUPUESTO DE HECHO DEL QUE TRATA LA SENTENCIA

Sin embargo, considerando en directo el *in facto* de la causa que se juzga, lo que más me sorprende es que en ninguna de las tres instancias se llegara siquiera a considerar la figura del dolo, tal como aparece en el can. 1098. De he-

Ecclesiastico II (1985) 406-473; J. FORNÉS, *Derecho Matrimonial Canónico*, Tecnos, Madrid 2008. Puede consultarse también, p.e., J. FERREIRO GALGUERA, *El error en cualidad en el Derecho matrimonial canónico: Aproximación histórica, legislativa y jurisprudencial*, Tórculo Edicions, Santiago de Compostela 1999; H. FRANCESCHI, *Algunas consideraciones sobre el error de hecho –en la persona o en sus cualidades– y su relación con el error dolosamente causado*, en *Curso de derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro: (XII)*, Publicaciones Universidad Pontificia, Salamanca 1996, 249-266; C. PEÑA GARCÍA, *La incidencia del error sobre cualidad y del error redundans en el consentimiento matrimonial*, Revista Española de Derecho Canónico (REDC) 56 (1999) 697-720; R. LLANO, *O erro sobre a identidade e as qualidades do outro cônjuge no novo Código*, Direito e Pastoral (1988) 233-249 (interesantes observaciones sobre la prueba del can. 1097 § 2); respecto a la parte doctrinal, resulta particularmente desarrollado el texto de P.-J. VILADRICH, *El consentimiento matrimonial. Técnicas de calificación y exégesis de las causas de nulidad (cann. 1095-1107)*, Eunsa, Pamplona 1998.

¹⁵ Cfr. J. I. BAÑARES, *La relación intelecto-voluntad en el consentimiento matrimonial: notas sobre los cann. 1096-1102 del CIC 83*, Ius Canonicum 36, 66 (1993) 553-606; IDEM, *En torno al tratamiento del 'error qualitatis' en el Código actual*, Ius Canonicum 28, 56 (1988) 647-662; IDEM, *Error «causam dans» y error en cualidad directa y principalmente pretendida*, Ius Canonicum 35, 69 (1995) 103-115.

cho, como hemos visto, se plantea en el *dubium* de la primera instancia, pero no se falla acerca de él. En la segunda se da por hecho que existe pero no se considera y en la tercera instancia no vuelve a mencionarse más que para referirse a la segunda instancia.

Por una parte, como he dicho, pienso que el fundamento de la nulidad producida por el dolo consiste en la protección de la libertad de elección del cónyuge, en concreto, en el proceso de formación del acto de voluntad matrimonial. A mi parecer, los hechos relatados no dejan duda de que se dieron los elementos esenciales que se requieren para que exista un dolo acerca de una cualidad determinada de la comparte, con carácter irritante. Una vez más da la impresión de que, aunque exista el dolo, los jueces lo han desestimado porque consideran, siguiendo la línea jurisprudencial mayoritaria, que el canon no es aplicable a los matrimonios celebrados antes de la entrada en vigor del Código de 1983. Si así fuera, tratándose de un caso tan claro, tal vez tendrían que haberlo dicho y no simplemente ignorar el capítulo de nulidad¹⁶.

4.1. *Los hechos*

Para que exista el dolo como causa de nulidad, debe haber una *pars decipiens*, que engaña a uno de los contrayentes con la intencionalidad de obtener su consentimiento matrimonial. Pues bien, en el caso consta que alrededor de tres meses después de contraer matrimonio el esposo percibió la falta de ciclo menstrual por parte de su mujer y le preguntó sobre el particular, pero ella «al principio negaba cualquier anomalía e intentó obviar esta cuestión». Luego, ante la insistencia del esposo, la demandada le explicó que a los 9 o 10 años tuvo la primera presencia de sangre y su madre se asustó y le llevó al médico; éste le puso una inyección y desde entonces nunca más había tenido el ciclo. Cuando el marido le exigió una visita médica al ginecólogo, ella rechazó la idea y explicó que ya había acudido a consultas anteriormente y sabía que de ningún modo podía tener hijos. Por fin visitó al médico, que confirmó la casi total certeza de la incapacidad para engendrar, y ella no quiso ya realizar algunas otras pruebas que el ginecólogo deseaba que hiciera¹⁷.

¹⁶ De hecho, así lo había hecho Erlebach en alguna sentencia anterior del 31 de enero de 2002: cfr. el comentario del mismo H. FRANCESCHI, *Il fondamento giuridico del dolo come causa di nullità del matrimonio e la questione della retroattività o meno del canone 1098*, *Ius Ecclesiae* 19 (2007) 99-136.

¹⁷ Cfr. *In facta*, n. 8.

El propio tribunal recoge que «ella declaró que ya antes de las nupcias conocía el hecho de su propia esterilidad (...) aunque no al cien por cien». En realidad, desde los 16 años un médico ya se lo había dicho, puesto que no tenía ovulación. Como reconoce la sentencia, la propia demandada confesó bajo juramento: «debo afirmar que no le dije la verdad a M., es más, le oculté la realidad de los hechos. Se hablaba de hijos y yo, a pesar de conocer el problema, me callé, quizá por miedo de perderlo, quizá porque estaba muy enamorada. El actor no podía descubrir la realidad antes del matrimonio: no vivíamos juntos, no teníamos relaciones, por lo que, con mi silencio, M. no podía dudar»¹⁸.

También reconoce la sentencia que «los testigos confirman unánimemente las declaraciones de las partes sobre la esterilidad de la Demandada, así como el silencio de la mujer sobre la enfermedad que ella padecía ya desde la adolescencia»¹⁹. Incluso, argumentando frente a los razonamientos de la defensora del vínculo, el tribunal rotal recuerda los testimonios de los médicos (anteriores a la celebración de la boda) y afirma: «estos testimonios junto con las declaraciones hechas por la mujer sobre los exámenes médicos y los tratamientos recibidos ya antes de la celebración del matrimonio, no admiten duda alguna razonable sobre la esterilidad de la Demandada en el tiempo de las nupcias»²⁰.

Llegado a este punto, el tribunal afirma que «realmente puede admitirse como probado el error»²¹ del demandante acerca de la capacidad procreadora de su mujer, y también la verdad acerca de tal incapacidad... pero no dice una palabra acerca de la intención dolosa de parte demandada, ni de su engaño, cuando esto lo primero que parece desprenderse de todo el relato.

4.2. *La pars decipiens*

Respecto a la *pars decipiens*, para que se dé verdadero dolo como causa de nulidad es necesario, en primer lugar, que tenga intencionalidad de falsear la verdad; en segundo lugar, que este falseamiento tenga como objetivo lograr el consentimiento matrimonial de una de las partes (en este caso, de la compar-

¹⁸ Cfr. *In facto*, n. 9.

¹⁹ Cfr. *In facto*, n. 10.

²⁰ Cfr. *In facto*, n. 11. El texto de la sentencia recuerda también que antes de las nupcias la demandada había realizado algunos tratamientos, pero sin éxito.

²¹ Cfr. *In facto*, n. 12.

te), o evitar que se interrumpa o revoque un proceso de formación de la voluntad matrimonial. La verdad es que la exposición de los hechos, incluyendo las confesiones de las partes –también de la propia *pars decipiens*–, de los testigos, y las consideraciones del propio tribunal, parece que lleva directamente a concluir que está probado este requisito, que resulta fundamental para que exista el dolo tipificado en el can. 1098. Más claro todavía se prueba por la actitud de la demandada después del matrimonio, cuando durante meses esquivaba la cuestión o le resta importancia, o miente acerca de lo que le había sucedido anteriormente y de los efectos ya conocidos por ella. De todo ello parece desprenderse una verdadera lesión de la libertad del contrayente, por manipulación efectiva de la comparte en el proceso de ejercicio del *ius connubii*, en el itinerario de formación de la voluntad de contraer matrimonio con alguien de su entera elección.

4.3. *La pars decepta*

Respecto a la *pars decepta*, parece claro que queda suficientemente probado el error a través del cual actuó la *pars decipiens*. En efecto, la demandada antes del matrimonio guarda silencio sobre la característica que podría disuadir al otro contrayente de contraer matrimonio y disimula –en diversas situaciones y conversaciones– poniendo elementos que inducen directamente al error: es decir, haciendo comentarios que hacen pensar que no existirá ninguna dificultad para que sea madre. Como es sabido, el hecho de que la acción dolosa sea de carácter «negativo» (acción por omisión), ni le resta la calificación de acción, ni le disminuye la calificación de dolosa. Callar algo importante para la voluntad de contraer y todavía más para la vida matrimonial, que va a afectar directísimamente a la comparte y a su proyecto de matrimonio y familia, no puede hacerse inocente o inocuamente. Y no puede dejar de ser relevante cuando efectivamente produce en la otra parte el error pretendido. Este extremo, es decir, la eficacia del error producido, queda igualmente probado, pues el demandante nunca dudó o sospechó acerca de lo que la comparte conocía sobre su capacidad para ser madre²². En conclusión, por una parte el error produjo su efecto en la *pars decepta* (porque nunca descubrió la verdad

²² Otra cosa distinta hubiera sido si, a pesar del engaño de la comparte, el otro contrayente hubiera descubierto la verdad por cualquier medio: ahí ya hubiera dejado de haber una lesión objetiva de su libertad.

hasta pasados varios meses después del matrimonio) y por otra parte influyó verdaderamente en el contrayente, tanto por la importancia de la cualidad en sí, como por su modo particular de apreciarla.

Cuando se da esta cadena de causalidad entre la intención del *decipiens*, el error causado en la *pars decepta*, y la interferencia de tal error en el proceso de formación de su voluntad de contraer, queda probada la acción propia del dolo. Sólo restará comprobar si la cualidad acerca de la cual se hace errar al contrayente «*suaapte natura consortium vitae coniugalis graviter perturbare potest*».

4.4. *La cualidad sobre la que recae el error provocado*

Obviamente no cualquier cualidad acerca de la que se yerre produce un dolo irritante del consentimiento matrimonial. La referencia para medir la importancia de la cualidad a propósito de la que se yerra la ofrece el propio canon 1098: el vínculo necesario entre la naturaleza de la cualidad y su potencialidad como causa de perturbación grave del consorcio conyugal.

Tal nexo o vinculación no significa una remisión al *in facto esse*, sino simplemente una referencia para valorar de modo objetivo la gravedad de la cualidad. La medida es por vía negativa –la perturbación grave del consorcio–, porque es la vía justa para delimitar la gravedad de la lesión infligida a la libertad del contrayente: si el error no tiene potencialidad para causar graves perturbaciones, entonces no podrá sostenerse una manipulación grave del consentimiento matrimonial.

En el caso presente la cualidad ciertamente está estrechamente vinculada a la condición de esposa (que implica en principio la potencial maternidad) y en consecuencia su ausencia es apta por sí misma para causar graves perjuicios en la vida conyugal. La relación «maternidad potencial – consorcio conyugal» es obvia, particularmente en un matrimonio normal en el que ambos contrayentes son jóvenes. Es tan clara esta proximidad que el propio can. 1084, al hablar del impedimento de impotencia, señala expresamente en su párrafo tercero que «la esterilidad no prohíbe ni dirime el matrimonio, sin perjuicio de lo que se prescribe en el can. 1098»: es el legislador mismo el que reconoce que esta cualidad puede constituir un caso de los que se contemplan al hablar de la cualidad a la que se refiere el error causado dolosamente.

En mi opinión esta referencia de la potencialidad del error en la cualidad para perturbar gravemente el consorcio se señala como condición *necesaria* del carácter irritante del dolo. Me parece sin embargo que por sí sola no es una

condición *suficiente*. Pienso que si en algún supuesto el error recae en una cualidad que en general y de modo abstracto podría considerarse capaz de producir graves trastornos en la vida matrimonial, pero en el caso concreto no afectó al proceso de elección del cónyuge (porque subjetivamente no influyó en la voluntad matrimonial, porque no estimaba particularmente tal cualidad, porque deseaba la conyugalidad muy por encima de toda cualidad, etc.), entonces no habría dolo, porque de hecho –y a pesar de la acción dolosa y de la intencionalidad, y de la importancia objetiva de la cualidad–, no se habría dañado la libertad, porque ese error no habría llegado a interferir en el proceso electivo del contrayente²³.

Sin embargo en este caso queda también patente por los testimonios de los testigos –unánimes– y de ambas partes, que el contrayente engañado valoraba la posibilidad de tener hijos y deseaba formar una familia con prole: deseos que no dejó de manifestar en público y en privado a su comparte.

Todavía queda un dato para añadir. Es conocido que a la hora de probar el error conviene comprobar la reacción de la parte implicada al salir del error en que se encontraba y los hechos ocurridos a partir de aquel momento. En este caso también resulta patente: desde los primeros meses del matrimonio existe cierta duda, luego cierta sospecha, impaciencia y preocupación, y más tarde insistencia para acudir a las pruebas médicas... y por último el deterioro final de la relación proviene de la conclusión cierta tanto de la cualidad oculta como del engaño producido.

De todo ello quizá podría también concluirse (tal vez incluso con certeza) que nos hallamos ante un caso de un error acerca de una cualidad directa y principalmente pretendida. Pero sinceramente, como he intentado mostrar, me parece más fácil –casi diría evidente– la prueba de todos y cada uno de los elementos de la figura del dolo.

Tratándose de la misma cualidad, del mismo error, de los mismos hechos antes y después del matrimonio, de idénticas confesiones y testimonios, me parece que la diversidad en la calificación jurídica del supuesto de hecho no

²³ Imagínese por ejemplo que en el caso presente el esposo, al descubrir la situación de la esposa, reacciona diciéndole que no se preocupe, que él la quiere como esposa más que como madre, que pondrán los medios posibles, o adoptarán hijos, o realizarán otras actividades para niños de otros matrimonios, etc. Sería claro que ese error –aun causado dolosamente– en realidad no interfirió en la voluntad de contraer del esposo, y por tanto no habría lesión de su libertad, pese a la intencionalidad manipuladora de la comparte, a la que también ha comprendido y perdonado su silencio.

hubiera afectado a la conformidad sustancial²⁴. Me pregunto si –llegado el caso a la Rota– no se hubiera podido fijar el *dubium* en el error del can. 1097 § 2 y/o en el dolo del can. 1098. Pero quizá a veces en los vericuetos de la economía procesal el itinerario más breve no resulta el más corto.

²⁴ Sobre el particular puede verse J. LLOBELL, *El valor jurídico de la instr. Dignitas connubii, su recepción eclesial, el objeto y la conformidad de la sentencia, y la certeza moral*, en R. RODRÍGUEZ-OCAÑA – J. SEDANO (eds.), *Procesos de nulidad matrimonial. La Instrucción Dignitas connubii*, Eunsa, Pamplona 2006, 287-298; *vid.*, sobre todo, IDEM, *Il concetto di conformità equivalente alla luce dell'art. 291 della Dignitas connubii*, en H. FRANCESCHI – M. A. ORTIZ (a cura di), *Verità del consenso e capacità di donazione. Temi di diritto matrimoniale e procesuale canonico*, EDUSC, Roma 2009, 511-561: en las últimas páginas, el A. hace referencia a las opiniones concretas de A. STANKIEWICZ y de G. ERLEBACH.